

Jan Wiktor TKACZYŃSKI

Uniwersytet Jagielloński

O ISTOCIE I WARTOŚCI DEMOKRACJI HANSA KELSENA DZISIAJ¹

ABSTRACT Democracy is a subject which is spoken and written about a lot. The source of the idea is not usually considered to be controversial. Nevertheless, the way in which it is interpreted remains very different today. Consequently, the idea of the democratic rule of law remains different. Hans Kelsen, one of the most acclaimed theorists of law in the previous century, belongs to that kind of scientists and writers at the same time, whose works are used and cited very often. This is not because his remarks still have the value of being relevant, but mainly because of the fact that he did not hesitate to stand first by the side of rights and freedom of an individual and just then by the side of a state, which was very uncommon of a theorist of law and political science. It should be repeated over and over again that democracy at its best is a factor holding individuals together. Individuals who are conscious of their rights and freedom.

W materii społecznej należy posługiwać się metodami cząstkowej inżynierii zgodnej z zasadą negatywnego utilitaryzmu: naszym obowiązkiem jest nie ustanawianie powszechnego szczęścia, lecz likwidowanie konkretnego zła.

Karl Popper, *Spółeczeństwo otwarte i jego wrogowie*

¹ Artykuł został opublikowany także w materiałach pokonferencyjnych *Praktyczne i teoretyczne aspekty prawa konstytucyjnego*, red. B. Banaszak, M. Bernaczyk, Wrocław 2006.

Trudno odmówić racji spostrzeżeniu Horsta Dreiera², że Hans Kelsen należy do tych nielicznych przedstawicieli nauk o państwie, którego można zaliczyć – bez obawy popełnienia pomyłki – do szczerych i przekonanych demokratów. Jeśli zważyć czas, w którym przyszło mu działać, mianowicie okres Republiki Weimarskiej, nie jest to bynajmniej takie oczywiste. Przy analizie bowiem tamtej epoki należy mieć stale przed oczyma ówczesny kontekst historyczny: zarówno państwo, jak społeczeństwo zostało poddane ideologicznym eksperymentom, które sprowadzają do wspólnego mianownika pogarda dla jednostki i kult mas. Nigdy przedtem indywidualizm nie znaczył tak mało. I nigdy przedtem wolność jednostki nie stanowiła tak deficytowego towaru.

Badającego tamtą epokę musi przy tym uderzyć nie tyle sukces totalitarnych ideokracji imponujących sprawnie reżyserowanym rozmachem, ile to, że posługiwały się one – niezależnie od koloru niesionych sztandarów – językiem tłumaczącym skomplikowany mechanizm świata. Pozornie jednak. Ów językowy totalitaryzm był bowiem nie tylko prostą kontynuacją podjętego przez XIX-wiecznych wizjonerów demontażu prawd elementarnych, ale przede wszystkim otwarciem tam dla relatywizmu znaczeniowego, polegającego na podstawianiu pod ogólnie przyjęty kod uznawanych społecznie wartości systemu wartości pozornych, otrzymanych drogą dewaluacji i relatywizacji *principium verum*. Ta wrodzona zdolność relatywizmu do usuwania ustalonych zasad wyprowadza jednak nawę państwową na wody, gdzie nie ma żadnych znaków orientacyjnych. A kiedy – jak świetnie to ujął Paul Johnson – praworządność ustępuje przed siłą, a moralne absoluty przed relatywizmem, następuje wielka ciemność i nie sposób odróżnić anioły od diabłów³.

Tymczasem siła *Vom Wesen und Wert der Demokratie*⁴, bo o tym dziele Hansa Kelsena będzie tu mowa, leży w jasności wywodu, logice dedukcji, a wreszcie, bo i to wypada tutaj podnieść, elegancji wyłożenia i rozwinięcia postawionego w tytule problemu. Dzieło, o którym nie można powiedzieć, że jego autorowi udało się stworzyć jedną z tych formuł, które cieszą się tak wielkim powodzeniem, ponieważ zamiast grubo ciosanej prawdy dostarczają czytelnikowi złudzenie finezyjnego rozumienia rzeczy bulwersująco niezrozumiałych. Jeśli już, to raczej o dzieło, w którym autor przenosi z tak wielkim wdziękiem dłoń w inny rejon klawiatury argumentów, że wracamy doń, jak przysłało na klasyka, po wielokroć. Również dzisiaj.

² H. Dreier, *Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme*, [w:] R. W. C. Jabloner, *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*, Wien 1997, s. 79-102; tu s. 79.

³ P. Johnson, *Historia świata*, London 1992, s. 268.

⁴ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1920, 47, s. 50 i n. W tym samym roku w formie książkowej (38 stron) nakładem wydawnictwa J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) w Tybindze (Tübingen). Kolejne, rozszerzone (119 stron) wydanie ukazało się tamże w 1929 r. Dla porządku należy tutaj także wspomnieć o powojennym, zmienionym przez autora, wydaniu w języku angielskim: *Foundations of Democracy*, „Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy” 1955/56, vol. LXVI, s. 1-101.

1. QUID ENIM CIVITAS NISI IURIS SOCIETAS CIVIUM⁵

U Tadeusza Kotuli, autora biografii Septymiusza Sewera, znajdujemy taki oto rys portretu tego cesarza rzymskiego. Powszechnie podziwianą cnotę Septymiusza, pisze Kotula, stanowiła jego niezmordowana pracowitość, którą wyrabiał w sobie przez całe znojne życie. Gdy umierał, podał trybunowiienne hasło „laboremus” – pracujemy. Kasjusz Dion tak kończy poświęconą cesarzowi część swego historycznego dzieła: *Ostatnim tchem wyszeptał: mówcie, co nam jeszcze zostało do zrobienia*⁶. Ale przecież bardziej uderzającą cechą jest tutaj poczucie obowiązku, lub może lepiej, świadomość powinności służenia państwu. Świadomość, która blisko dwa tysiące lat później, w przemówieniu Winstona Churchilla przed Kongresem USA 26 grudnia 1941 r., znajdzie takie oto dopełnienie: *W moim kraju ludzie zajmujący publiczne stanowiska są dumni, że mogą być sługami państwa, i byłiby zawstydzeni, gdyby byli jego panami*⁷.

Wypadnie zapytać, odwołując się do przywołanych w tytule słów Cicerona, czym jest wobec tego państwo? Jedynie opartym na prawie związku obywateli, jak chce tego autor *Mów*⁸? Uważna lektura *O istocie i wartości demokracji* podsuwa atoli inną odpowiedź. Jeśli przyjąć, że państwo jest organizacją horyzontalną, to obowiązuje w niej zasada sprawiedliwości wymiennej: rezygnuję z części mojej wolności wobec ciebie, abyś ty mógł zrezygnować z części swojej wolności wobec mnie w imię wspólnej korzyści, wspólnego dobra, jakim jest dla nas pokój społeczny. Jednak to nie państwo samo w sobie jest dla Kelsena punktem wyjścia jego rozważań, ale właśnie wolność. I to wolność, wyjaśnijmy, jednostki, a nie kolektywu, wolność równa dla wszystkich⁹. Dopiero tak rozumiana wolność stanowi w Kelsenowskim oglądzie procesu politycznej artykulacji woli obywateli podstawową zasadę demokracji¹⁰.

Gdyby zaryzykować więc tutaj tezę, że państwo istnieje nie po to, aby coś robić samo, ale by stwarzać obywatelom możliwość podejmowania działań na ich własną odpowiedzialność, zbliżylibyśmy się znacząco do tych nowożytnych przedstawicieli nauki o państwie, którzy upatrują w pierwotnym, naturalnym stanie powszechnej wolności punkt wyjścia do rozważań o umowie społecznej. Więcej, uzasadnienia prymatu jednostki wobec władzy i, *à rebours*, potrzeby legitymowania swojej władzy przez rządzących właśnie w woli jednostek. Za charakterystyczne dla myśli Kelsena wypadnie tak tedy uznać jego próbę wytyczenia drogi od autonomii jednostki do kształtowania sprawowania władzy w imieniu jednostek. Jednakże zawsze pod tym

⁵ Ciceron, *De republica*, I. 49. [Czym jest bowiem państwo, jak nie opartym na prawie związku obywateli].

⁶ T. Kotula, *Septymiusz Sewer*, Wrocław 1997, s. 161.

⁷ W. Churchill, *Krew, znoj, łzy i pot. Sławne mowy*, Poznań 2001, s. 170.

⁸ Marek Tuliusz Ciceron, *Mowy*, Kęty 2003.

⁹ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929, s. 3.

¹⁰ Tamże, s. 14.

warunkiem, że prawo jednostki do samookreślenia i samodecydowania pozostanie w możliwie najszerszym zakresie zachowane¹¹. Bez wątpienia dlatego, że wprowadzenie wolności jednostki jest dla wielu punktem wyjścia do konstruowania umowy społecznej, jednak wcale nie jego punktem końcowym¹².

Hans Kelsen nie ukrywa swojej rewerencji dla Jeana Jacques'a Rousseau¹³. Nie zmienia to jednak w niczym, że *citoyen* autora *Du Contrat Social* wygląda inaczej niż *Bürger* autora *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Postulowana przez Rousseau przemiana jednostki prowadzi ją bowiem od stanu naturalnej dzikości do cywilizowanego życia w społeczeństwie. Więcej, do przydania *citoyen* całkowicie nowej osobowości, ba, wręcz drugiej natury, która stoi w oczywistej opozycji do tej pierwszej¹⁴. Tymczasem u Kelsena proces przemiany¹⁵ także zachodzi, ale w miejsce widzianej tak chętnie przez Rousseau radykalnej antropologii wstępuje łańcuch przeobrażeń¹⁶ odkrywających stopniowo zręby demokratycznego ładu: *Z wolności anarchii rodzi się wolność demokracji*¹⁷.

Nie ma tutaj potrzeby wątpić, że w swojej najlepszej odmianie jest demokracja tym czynnikiem, który spaja ludzi. Tym tropem myślenia podąża również Hans Kelsen, gdy pisze, że *politycznie wolnym jest [ten], kto jest uprawniony do poddania, ale poddany tylko swojej własnej, żadnej obcej woli*¹⁸. To tłumaczy, dlaczego w kolejnym miejscu, definiując demokrację, podkreśla identyczność podmiotu i przedmiotu panowania, inaczej mówiąc, panowania ludu dla ludu¹⁹.

¹¹ Tamże, s. 5-7.

¹² Przegląd stanowisk w tej sprawie patrz H. Dreier, *Rechtsethik und staatliche Legitimität*, „Universitas” 1993, 48, s. 377 i n.

¹³ Poświadczają to najlepiej takie określenia Kelsena w jego analizowanym tutaj dziele, jak *vielleicht der bedeutendste Theoretiker der Demokratie* [być może najbardziej znaczący teoretyk demokracji] (s. 6), *ein Freiheitsapostel* [apostół wolności] (s. 7) czy też wreszcie *der geistreichste Schilderer der Demokratie* [najbystrzejszy rysownik demokracji] (s. 13). [Tłumaczenie z języka niemieckiego, o ile nie zaznaczono inaczej – J. W. T.].

¹⁴ W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1994, s. 149 i n.

¹⁵ Kelsen pisze o „denaturyzacji” (Denaturierung), (s. 5).

¹⁶ Kelsen używa terminu „metamorfozy” (Metamorphosen), (s. 8, 14, 24).

¹⁷ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 6. [*Aus der Freiheit der Anarchie wird die Freiheit der Demokratie*].

¹⁸ Tamże, s. 4. [*Politisch frei ist, wer zwar untertan, aber nur seinem eigenem, keinem fremden Willen ist*].

¹⁹ Tamże, s. 14. Porównaj także kontrowersyjną interpretację tej formuły, dokonaną przez Giovanniego Sartoriego w jego pracy *Teoria demokracji*, Warszawa 1994, s. 52-54. Zdaniem Sartoriego, scharakteryzowanie demokracji przez Abrahama Lincolna jako „rządów ludu, przez lud i dla ludu” jest bardzo nieprecyzyjne i niewiele wyjaśnia. Intencje Lincolna są wprowadzone oczywiste – twierdzi Sartori – ale równie dobrze formułą tą mógłby posłużyć się na przykład Stalin, twierdząc, iż jego ustrój to „rządy ludu, przez lud i dla ludu”. Wtedy ta formuła – konkluduje włoski uczony – zostałaby sprzęgnięta ze stalinizmem. Błąd Sartoriego polega jednak na tym, że nie jest ważne, co myślał Stalin, ważne jest natomiast, iż stalinizm, jak zresztą w ogóle komunizm, nie spełnia w najmniejszym nawet stopniu żadnego z trzech elementów tworzących formułę lincolnowską i jest to fakt bezsporny. W ustach Stalina wspomniana formuła byłaby ideologiczną mistyfikacją albo co najwyżej sztyderstwem. Zob. M. Bankowicz, J. W. Tkaczyński, *Oblicza współczesnego państwa*, Toruń 2002, s. 47.

Skoro podmiotem jest lud, retoryczne musi się tutaj wydać pytanie Kelsena, czym jest wobec tego lud? Jeśli odpowiedzi nie sposób uznać za specjalnie odkrywczą: zrzeszeniem grup interesu²⁰, to mającą jednak dla procesu wykonywania władzy kapitalne znaczenie²¹. Nie da się bowiem ukryć, że oczekiwanie jednomyślności przy podejmowaniu decyzji w heterogenicznym środowisku politycznym jest przedzielone od naiwności bardzo cienkim przepierzeniem. Jest tego naturalnie świadomy także i Kelsen²². Przyjmując tak tedy zasadę rządów większości jako podstawę demokratycznego porządku, podkreśla zarazem konieczność, aby tę większość tworzyła rzeczywista, a więc nie jedynie arytmetyczna większość. Wszystko dlatego, że – jak pisze – [...] *zasada absolutnej większości (a nie większości kwalifikowanej) oznacza możliwie największe zbliżenie do ideału wolności*²³.

Lektura analizowanej tu części *Vom Wesen und Wert der Demokratie* prowadzi do jeszcze jednego wniosku. Tego mianowicie, że decyzje większości nie pozwalają się przedstawić jako suma działania jednostek. Ta niejako oczywistość znajduje pod piórem Hansa Kelsena wytłumaczenie w fakcie, że atomizacja społeczeństwa wymusza na jego członkach konieczność tworzenia grup interesów, o ile jednostka(i) chce(ą) w procesie politycznym cokolwiek osiągnąć²⁴. Stąd nie da się przecenić trafnej diagnozy autora *Vom Wesen...*, gdy stwierdza, że demokratyczne państwo mutuje w sposób nieunikniony w państwo partyjne (*Parteienstaat*)²⁵. Gdy podkreśla, że byłoby *samooszukiwaniem się lub [zgołą] obłudą myśleć, że demokracja jest możliwa bez [istnienia] partii politycznych*²⁶.

To, co jednak z punktu widzenia ustrojodawczego stanowi o rzeczywistej wartości powyższych uwag, da się odczytać u Kelsena jako potrzeba – wypadnie tak tutaj nazwać – ukonstytucjonienia partii politycznych. Inaczej mówiąc, wprowadzenia do konstytucji zapisu, który określałby rolę, znaczenie i możliwości wpływania na politykę państwa przez partie polityczne. Aczkolwiek rozwiązanie to można opatrzyć komentarzem: *novum* w ówczesnym myśleniu w kategoriach prawa konstytucyjnego, to przyjęte jednak przez Kelsena założenie, że umocowanie konstytucyjne partii politycznych przełoży się na demokratyzację ich wewnętrznego artykułowania woli politycznej²⁷, przyjdzie uznać za nader przesadne.

²⁰ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 15.

²¹ Porównaj typologię społeczeństwa według kryteriów socjologicznych i politologicznych u Reinholda Zippeliusa w: R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, München 2003, s. 28-47.

²² H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 7.

²³ Tamże, s. 9. [*Und unter diesem Gesichtspunkte bedeutet allerdings Majorität die relativ größte Annäherung an die Idee der Freiheit; podkreślenie w tekście – H.K.*].

²⁴ Tamże, s. 22. Porównaj także uwagi na ten temat u: D. Berg-Schlosser, T. Stammen, *Einführung in die Politikwissenschaft*, München 1995, s. 203 i n.

²⁵ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 20.

²⁶ Tamże. [*Nur Selbsttäuschung oder Heuchelei kann vermeinen, daß Demokratie ohne politische Parteien möglich sei*].

²⁷ Tamże, s. 23.

2. PARLAMENTARYZM PRZEDSTAWIA SIĘ TYM SAMYM JAKO KOMPROMIS...²⁸

Jeśli zastosować literacką metaforę, wypadnie porównać państwo do okrętu i powiedzieć, że sterowanie nim nie wyczerpuje się bynajmniej w *clearing* różnorodnych interesów. Podobnie zresztą jak pojmowanie demokratycznej polityki w kategoriach ekonomicznych za Josephem A. Schumpeterem²⁹ jako jedynie walki konkurencyjnej o władzę i urząd nie odpowiada rzeczywistości. I że wreszcie, nie odmawiając wcale racji spostrzeżeniu Maxa Webera³⁰, że demokracja i demagogia leżą bardzo blisko siebie, jest dalece istotniejsze wskazanie za Johnem Rawlsem³¹ na aspekt szczególnej wagi, bez którego zrozumienie istoty rozwoju współczesnego państwa nie jest możliwe, a mianowicie na uniwersalne dążenie do sprawiedliwości.

Aczkolwiek państwo pozostaje w dalszym ciągu charakteryzowane na potrzeby nauk prawnych i politycznych jako triada złożona z terytorium, władzy najwyższej i ludności, to nie da się przecież przeoczyć wpływu demokratyzacji procesu politycznego na jego kształt. Państwo, gdy staje się bowiem własnością wszystkich obywateli, głupich i mądrych, bogatych i biednych, słabych i silnych wreszcie, przekształca się w arenę zmagania tak jednostek, jak grup, reprezentujących nie tylko różnorodne interesy, lecz także odmienne drogi ich urzeczywistnienia. Stąd demokratyczny proces – oczekujemy tego wszyscy – powinien zapewnić, po pierwsze, że właściwe osoby będą sprawować władzę, w żadnym jednak wypadku „genialne” jednostki³². Po drugie, że decyzje tych osób będą służyły dobru publicznemu oraz sprawiedliwości. Rozważając to zagadnienie, które można badać bezstronnie, ale którego nie można traktować obojętnie, przyjdzie zauważyć za Kelsenem, mając na uwadze dzieje najnowsze, że walka, którą prowadzono przeciwko autokracji, była w swojej istocie walką na rzecz parlamentaryzmu³³.

Zadaniu zabezpieczenia sprawiedliwego dostępu do sprawowania władzy w pluralistycznym społeczeństwie, temat, któremu poświęcone dzieła wypełniają półki niejednej biblioteki, służyć ma tedy w pierwszym rzędzie podział władzy. Zarówno ten wertykalny, którego początku szukać należy w natchnieniu czerpanym z pism

²⁸ Tamże, s. 29. [*Der Parlamentarismus stellt sich somit als ein Kompromiß dar... – pomiędzy demokratycznym żądaniem wolności a warunkującą to wszystko [za pośrednictwem] socjotechnicznego postępu zasadą zróżnicowanego podziału pracy; podkreślenie w tekście – H.K.*].

²⁹ J. A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, Bern 1946, s. 448.

³⁰ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1972, s. 86.

³¹ J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M. 1975. Porównaj także studium poświęcone temu aspektowi: P. H. Novell-Smith, *Eine Theorie der Gerechtigkeit?*, [w:] *Über John Rawl's Theorie der Gerechtigkeit*, Hrsg. O. Höffe, Frankfurt a.M. 1977, s. 77-107.

³² E. Kaufmann, *Zur Problematik des Volkswillens*, Berlin 1931, s. 11. Interesująca jest w ówczesnym kontekście historycznym uwaga Kaufmanna, że wołanie o męża opatrznościowego jest *krzykiem histerycznym i krzykiem niemocy* [*ein hysterischer Schrei und ein Schrei der Impotenz*] (s. 11).

³³ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 26.

Monteskusza, jak i ten horyzontalny, którego praktyczne wyłożenie przyniosła konstytucja amerykańska z 1787 r. W demokratycznym państwie prawa, słusznie uznawanym za standardowe rozwiązanie wspomnianego zadania, pozostają trzy władze, ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza, w określonym stosunku wobec siebie. Ramy tego określenia wyznaczają przy tym najczęściej konstytucyjne uregulowania. Władzą naczelną jest tutaj, stosownie do fundamentalnej zasady, według której cała władza bierze swój początek ze zwierzchnictwa narodu, legislatywa. Jeśli nie liczyć aktów demokracji bezpośredniej, wybrany przez naród parlament stanowi ów organ władzy państwowej, którego legitymacja jest wynikiem bezpośredniej woli wyborców. Wolno zatem określić za Romanem Herzogiem³⁴ ten stan mianem „przewagi legitymizacyjnej” wobec egzekutywy oraz judykatury, których demokratyczna legitymacja wprawdzie nie jedynie, lecz jednak znacząco wypływa z woli parlamentu³⁵.

Ten punkt widzenia dzielą różni autorzy³⁶. To pozwala powiedzieć, że najwyższe przedstawicielstwo narodowe może być tedy postrzegane jako centrum grawitacyjne demokratycznego państwa prawa. Nie sposób przy tym przeoczyć, że źródło, z którego parlament czerpie wspomniane pierwszeństwo, płynie przede wszystkim z roli, jaką odgrywa w procesie stanowienia prawa. Centralne znaczenie tego elementu postępowania w konstytucyjnie zorganizowanym państwie wynika – także i o tym należy tu wspomnieć – z dwóch, wprawdzie różnych, ale nierozłącznie z sobą powiązanych zasad, a mianowicie praworządności i demokracji³⁷.

Wspomniane już tutaj uniwersalne dążenie do sprawiedliwości w rozwoju demokratycznego państwa przemienia się pod piórem Kelsena w przekonanie, że demokracja nie staje się mniej demokratyczna, jeśli miejsce demokracji bezpośredniej

³⁴ R. Herzog, *Art. 20, Abschnitt II: Demokratie*, [w:] *Grundgesetz-Kommentar*, Hrsg. T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, München 2004, t. III, RdNr. 76. Podobnie E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR 1991, 3, s. 329-390, tutaj s. 364.

³⁵ H. Schulze-Fielitz, *Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?*, JöR NF 2002, 50, s. 1-68.

³⁶ Tu garść tylko przykładów, podanych w porządku chronologicznym: H. Steiger, *Organisatorische Grundlagen des parlamentarischen Regierungsystems. Eine Untersuchung zur rechtlichen Stellung des Deutschen Bundestages*, Berlin 1973, s. 15n; S. Magiera, *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Stellung und Aufgaben des Deutschen Bundestages*, Berlin 1979, s. 159n; W. Mößle, *Regierungsfunktionen des Parlaments*, München 1986, s. 132n; H. Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Tübingen 1995, s. 129n; M. Morlok, *Artikel 38 Wahlrechtsgrundsätze*, [w:] *Grundgesetz-Kommentar*, Hrsg. H. Dreier, t. II, Tübingen 1998, s. 783-850; H. Dreier, *Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung*, DÖV 2002, 13, s. 537-547.

³⁷ Tak H. Dreier, *Die drei...*, s. 537. Inaczej natomiast C. Starck, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Hrsg. J. Isensee, P. Kirchhof, t. II, Heidelberg 1987, § 29 Rn. 1 n. Starck upatruje legitymacji państwa w „dwóch źródłach”, tj. w demokracji i praworządności. Z najnowszej literatury na uwagę zasługuje w tym względzie: K. D. Wolf, *Die neue Staatsräson. Zwischenstaatliche Kooperation als Demokratieproblem in der Weltgesellschaft. Plädoyer für eine geordnete Entstaatlichung des Regierens jenseits des Staates*, Baden-Baden 2000.

zajmuje demokracja pośrednia³⁸. Mniemanie, które zasadniczo odróżnia autora *Vom Wesen...* od autora *Du Contrat Social*. Jeśli bowiem dla Hansa Kelsena demokracja przedstawicielska jest konieczną modyfikacją, w żadnym jednak wypadku negacją istoty demokracji, to dla Jeana Jacques'a Rousseau³⁹ system przedstawicielski skrywa, chociażby na podanym przez niego przykładzie angielskiego parlamentaryzmu, jedynie niewolę.

Oczywiście bezpodstawne byłoby twierdzenie, że w praktycznym zastosowaniu reguł demokratycznych wszystkie poczynania i decyzje rządzących spotykają się z aprobatą rządzonych. Nie jest to możliwe chociażby z tej przyczyny, iż – co zauważył naturalnie również Kelsen⁴⁰ – członkowie społeczeństwa mają rozmaite przekonania i często sprzeczne interesy. Pomimo to w teorii demokracji słusznie wskazuje się, że system ten z natury swej wymaga postępującej identyfikacji woli podmiotów rządzących z wolą podmiotów rządzonych. Zasadnie wreszcie podnosi się rolę stanowionego prawa jako środka organizowania społeczeństwa w ogólności, sterowania zaś administracją⁴¹ w szczególności⁴². W ustroju demokratycznym realizowana polityka ulega bowiem – w razie potrzeby – zmianie. Powoduje to, iż staje się ona empiryczną sztuką, w której uczestniczy całe społeczeństwo, nie zaś przyjętym *a priori* dogmatem. Rządzący w warunkach demokracji są przy tym moralnie i, co jeszcze w tym kontekście ważniejsze, politycznie zobowiązani do szanowania preferencji wyrażonych przez rządzonych w trakcie wyborów. Gwarancją tego stanu jest fakt istnienia swobodnej konkurencji partii politycznych oraz ich wymienialność przy sterze rządów. Obywatele niezadowoleni z aktualnie sprawujących władzę mają sposobność usunięcia ich w najbliższych wyborach⁴³.

Niemniej, aczkolwiek dla Kelsena legislatura stanowi odbicie woli wyborców, nie szczędzi on idei parlamentaryzmu uwag krytycznych, zaskakująco krytycznych, gdy pisze o „fikcji” przedstawicielskiej⁴⁴. Lub, w podobnym duchu, gdy stwierdza, że parlamentaryzmu nie sposób legitymować za pośrednictwem zasady zwierzchnictwa narodu⁴⁵. Przedwczesnemu osądowi tych uwag wypadnie jednak przeciwstawić uspokajające wyjaśnienie, że zamiarem Kelsena piszącego powyższe słowa było nie tyle dyskredytowanie idei parlamentaryzmu, ile wskazanie, że wola narodu nie musi

³⁸ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 24, 27.

³⁹ J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, Księga III, rozdz. 15 oraz Księga IV, rozdz. 2. Tekst za wersją niemiecką w: J. J. Rousseau, *Sozialphilosophische und Politische Schriften*, München 1981, s. 585 i n., 590 i n.

⁴⁰ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 22.

⁴¹ O pojęciu, historii, organizacji, funkcjach i znaczeniu administracji dla państwa patrz wyczerpująco B. Becker, *Öffentliche Verwaltung*, Percha am Starnberger See 1989.

⁴² G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Baden-Baden 2000, s. 455 i n.

⁴³ M. Bankowicz, J. W. Tkaczyński, *Oblicza...*, s. 49.

⁴⁴ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 30. [*Diesem Zwecke dient die Fiktion der Repräsentation, der Gedanke, daß das Parlament nur Stellvertreter des Volkes sei*; podkreślenie w tekście – H.K.].

⁴⁵ Tamże, s. 31-32.

się manifestować jedynie za pośrednictwem organów przedstawicielskich⁴⁶. Idąc bowiem tropem jednego z twórców konstytucji rewolucyjnej Francji z 1791 r., Abbe Sieyesa, widzi on przedstawicielstwo parlamentarne jako produkt koniecznego podziału pracy⁴⁷ i dlatego uznaje inne drogi wyrażania woli narodu o charakterze plebiscytowym za równouprawnione z parlamentaryzmem⁴⁸.

3. CZYTANIE O ISTOCIE I WARTOŚCI DEMOKRACJI

HANSA KELSENA DZISIAJ, CZYLI O ODWROCIE OD OMNIPOTENCJI DEMOKRATYCZNEGO PAŃSTWA PRAWA

Trafności spostrzeżeń Hansa Kelsena nie może przesłonić fakt, że praktyka ustrojowa w kostiumie demokratycznego państwa odbiega – niekiedy – dalece od ideału. Jeśli bowiem postawić tutaj formalny wniosek o zaprzestanie dyskusji na koturnach i odejście od nieba oraz powrotu na ziemię, to przyjdzie stwierdzić, że doświadczenie XX wieku uczy dowodnie, iż utopie niewiele dzieli od bandytyzmu, kiedy to z łąk ludzkich marzeń pozostają tylko okrwawione żdźbła trawy uczynionego zła. Stąd, szczególnie właśnie w przypadku praktyki ustrojowej, nie może zabraknąć tutaj i tego komentarza, że po stronie faktycznej dla nieokreślonych pojęć prawnych nie ma z zasady możliwości swobody w ich interpretacji lub konkretyzacji⁴⁹. Inaczej mogłoby to bowiem prowadzić do tego, że władza wykonawcza tworzyłaby sama warunki dla swojego działania⁵⁰. Że tego rodzaju praktyki nie mogą mieć miejsca w demokratycznym państwie prawa, więcej, że po stronie skutków prawnych przeciw uznaniowości zakłada się środki zmierzające w kierunku „maksymalizacji kontroli”⁵¹, rozumie się samo przez się.

Z łatwością przyjdzie tak tedy tutaj stwierdzić, że klarowny i spójny model legislacyjnego programowania, wyłożony w rozlicznych podręcznikach uniwersyteckich, nigdy nie był w sposób pełny, niejako w formie czystej, wprowadzony w życie. I trzeba to powiedzieć wyraźnie, także nie będzie w przewidywalnej przyszłości.

⁴⁶ Tamże, s. 30.

⁴⁷ Tamże, s. 29. Na temat roli Sieyesa, patrz T. Hafen, *Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes*, Bern–Stuttgart–Wien 1994, s. 54 i n.

⁴⁸ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 38–39. Kelsen proponuje tutaj m.in. takie instytucje, jak referendum oraz prawo do obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej.

⁴⁹ To tradycyjne i typowe dla administracyjnej praktyki niemieckiej stanowisko bierze swój początek z dwóch kryteriów, a mianowicie z zakresu swobodnej oceny (*Beurteilungsspielraum*) oraz uznania (*Ermessen*). Więcej na ten temat patrz E. Pache, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung*, Tübingen 2001, s. 11, 20, 33, 57 oraz 120 i n.

⁵⁰ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2000, s. 21–152.

⁵¹ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 38–46. Porównaj także uwagi na temat „maksymalizacji kontroli” u E. Franßena, *50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, DVBl. 1998, 9, s. 413–421; tu s. 417.

Jeżeli pójść bowiem tropem analizy kondycji współczesnego państwa dokonanej przez Wolfganga Reinharda⁵², to wypadnie za nim zauważyć w duchu obserwacji Hansa Kelsena po pierwsze proces mutowania demokratycznej organizacji państwowej w demokrację interesów grupowych, po drugie zaś, co już jest nowością naszych czasów, dezintegracji samej koncepcji państwa socjalnego, które bardziej zasadnie byłoby tutaj określić terminem państwa interwencyjnego.

Z wymienionych przez Reinharda przyczyn tego stanu rzeczy: (1) złego gospodarowania państwem – wyniku wspomnianej politycznej gry interesów grupowych, (2) utraty przewag komparatywnych w handlu (a nie jak pisze Reinhard zasobów) – skutku globalizacji gospodarczej oraz (3) częściowego przenoszenia przez obywateli (firmy) własnej aktywności do tzw. szarej strefy – konsekwencji dwóch pierwszych⁵³, uwagę naszą skupić wypadnie na traktowaniu państwa niczym postawu sukna, by przywołać Sienkiewiczowską figurę literacką. Ma to miejsce dlatego, że polityka nie jest już utożsamiana z działaniem *pro publico bono*, dla dobra publicznego, ale grą, w której interesy partykularne, grupowe właśnie są najważniejsze⁵⁴.

Ów stan nie upoważnia jednak do dyskredytowania demokracji. Nawet jeśli uznamy za słuszne spostrzeżenie Paula Johnsona⁵⁵ o widzeniu przez zawodowych polityków *res publica* w kategoriach głosowania, przez zwykłych ludzi natomiast w kategoriach sprawiedliwości, co przekłada się jedynie na obietnice wyborcze tych pierwszych pod adresem tych drugich. Dalece ważniejsze znaczenie musimy bowiem przypisać konstatacji Hansa Kelsena, że *demokracja parlamentarna, której ideologia w rzeczywistości społecznej [stanowi] wprowadzenie nieosiągalną wolność, ale której rzeczywistością jest pokój*⁵⁶ prowadzi do wzrostu roli państwa. Tymczasem – paradoksalnie – właśnie w naszych czasach można stwierdzić, że pole manewru demokratycznego państwa opiekuńczego, które wzbudza jeszcze u wielu wrażenie swojej wszechobecności i wszechwładzy, w wyniku opisanej gry politycznej systematycznie maleje. Więcej, że monopol władzy państwowej rozpada się, a samo sprawowanie władzy staje się udziałem różnego rodzaju organizacji bądź instytucji. Jest to bowiem wynik i dynamiki, i stopnia kompleksowości procesu cywilizacyjnego, które tak znacząco odróżniają dzisiejszą organizację państwową od tych wcześniejszych.

W swoich rozważaniach na temat tendencji rozwojowych państwa w ogólności, a niemieckiego w szczególności, Erhard Denninger stawia tezę o stopniowym przedzierzganu się jego funkcji wyłącznie władczych w funkcje usługodawcze, i wysnuwa z tego wnioski o obumieraniu w dalszej kolejności struktur państwo-

⁵² W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München 2000, s. 517.

⁵³ Tamże, s. 517-518.

⁵⁴ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 53-68.

⁵⁵ P. Johnson, *Historia...*, s. 682.

⁵⁶ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 68. [*der parlamentarischen Demokratie, deren Ideologie zwar die in der sozialen Realität nicht erreichbare Freiheit, deren Realität aber der Friede ist*; podkreślenie w tekście – H.K.].

wych⁵⁷. Aczkolwiek teza ta może mieć na pierwszy rzut oka przekonujący charakter⁵⁸, to przywołując tutaj jedynie niektóre głosy⁵⁹, przyjdzie powiedzieć, że skuteczne przejmowanie przez państwo nowych funkcji zachodzi jedynie przy zachowaniu przez nie jego funkcji dotychczasowych⁶⁰. Temu wkraczaniu państwa na *terra incognita* nowych zadań towarzyszy przy tym, co znamienne, od końca XIX stulecia, systematyczny rozwój sektora publicznego.

Nie sięgając nazbyt daleko wstecz, trzeba powiedzieć, że jeśli jeszcze praktyka polityczna epoki wczesnego liberalizmu naznaczona była odrzuceniem udziału państwa w procesach społeczno-gospodarczych, to doświadczenie *laisser-faire* przyniosło z sobą domaganie się jego zaangażowania. Fenomenowi tego nie da się objaśnić inaczej jak za pomocą stwierdzenia, że zapewnienie ogólnego dobrobytu oraz społecznej sprawiedliwości nie dają się zrealizować za pomocą środków pozostających w zgodzie z doktryną liberalizmu⁶¹.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że wprowadzone po I wojnie światowej powszechne prawo wyborcze oraz ustrój demokracji parlamentarnej sprzyjały w znaczącym stopniu takiemu rozwojowi. Rolą państwa stać się odtąd miało zapewnienie wszystkim obywatelom nie tylko równych praw politycznych, lecz także socjalnych. Oczekiwaniu, że państwo przejmie odpowiedzialność za doprowadzenie i utrzymanie ogólnego dobrobytu, przy zachowaniu rzecz jasna społecznej sprawiedliwości, towarzyszył jednak proces poszerzania funkcji państwa.

Pierwszym etapem w tym procesie było ze strony państwa podjęcie wysiłków mających na celu skorygowanie oczywistego nadużywania wolności ekonomicznej, zwłaszcza w sferze stosunków pracy czy też w praktykowaniu nieuczciwej konkurencji. Regulujący instrument w rękach państwa stanowiło prawo, które ograniczając wolność jednych podmiotów, pozwoliło zarazem na wzięcie pod ochronę drugih, tych słabszych. Następny etap wiąże się nierozłącznie z kryzysem lat 30. XX stulecia i polityką *New Deal* w USA. Wielki kryzys unaoczniał niezbędną nie tylko już ko-

⁵⁷ E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990, s. 9-29. Podobnie widzi ten proces Kenichi Ohmae, z tą jednakże różnicą, że punktem wyjścia jest u niego objęcie ramami jedności gospodarczej większości producentów i konsumentów świata, w: K. Ohmae, *Die neue Logik der Weltwirtschaft. Zukunftsstrategien der internationalen Konzerne*, Hamburg 1992, s. 12.

⁵⁸ O. Massing, *Souveränität – ein unverzichtbarer Anachronismus?*, [w:] *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, Hrsg. R. Voigt, Baden-Baden 1993, s. 82-83.

⁵⁹ G. F. Schuppert, *Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder „Bringing the State Back in“*, „Der Staat” 1989, 28, s. 91-104; E.-H. Ritter, *Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat*, [w:] *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Hrsg. D. Grimm, Baden-Baden 1990, s. 69-112; H. Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzipes der Exekutive*, Tübingen 1991, s. 159-304; H. Schulze-Fielitz, *Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier?*, [w:] *Abschied vom Staat...*, s. 95-120; T. Maunz, R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, München 1998, s. 51-54; R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre...*, s. 366-381.

⁶⁰ H. Schulze-Fielitz, *Der Leviathan...*, s. 95. Schulze-Fielitz sprowadza sens tej wypowiedzi do zdania: „Dla niego [dla państwa – objaśn. J. W. T] nie ma żadnej realnej alternatywy”.

⁶¹ D. Grimm, *Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition*, [w:] *Abschied vom Staat...*, s. 44.

rygowania *laisser-faire* na drodze prawnej, lecz także konieczność podjęcia ze strony państwa celowej polityki interwencjonizmu, mającej w istotnym stopniu zastąpić *invisible hand* rynku⁶².

Rewolucja technologiczna z kolei, której jesteśmy świadkami, przyniosła z sobą nowe wyzwania⁶³. Okazało się, że ze względu na kompleksowość i sieć powiązań w wysoko rozwiniętych społeczeństwach przemysłowych polityka państwa wymaga – chcąc sprostać tym wyzwaniom – zupełnie innych rozwiązań, aniżeli tylko takich, które opierają się na modyfikacjach polityki interwencjonizmu państwowego. Stąd na trzecim etapie oczekuje się już od państwa antycypacji nadchodzących zagrożeń czy wręcz tworzenia infrastruktury sprzyjającej postępowi technologicznemu, aby pozostać przy pierwszych z brzegu przykładach nowych zadań. Przyjmuje się jednak nadal za oczywiste jego dalszy udział w zapewnianiu dobrobytu wszystkim obywatelom. Jednym słowem, przywołując Thomasa Hobbesa, państwo jako lewiatan tak, ale wyłącznie jako oswojone zwierzę domowe. Lub, pozostając w tej stylistyce, za Hansem Kelsenem, demokracja tak, ale nie jako osioł w skórze lwa⁶⁴.

⁶² M. Jänicke, *Staatsversagen. Die Ohnmacht der Politik in der Industriegesellschaft*, München–Zürich 1986, s. 17-49.

⁶³ M. Jänicke, H. Mönch, *Ökologischer und wirtschaftlicher Wandel im Industrieländervergleich*, PVS 1988, 19, s. 389-405.

⁶⁴ H. Kelsen, *Vom Wesen...*, s. 99. [*Wollte die Demokratie sich ernstlich damit rechtfertigen, sie wäre der Esel in der Löwenhaut*].

Prof. UJ, dr hab. Jan Wiktor TKACZYŃSKI, ur. 1960, studiował politologię, geografię gospodarczą i slawistykę na Uniwersytecie Jagiellońskim, następnie w Ludwig-Maximilians-Universität w Monachium, gdzie doktoryzował się u profesora Heinza Laufera w 1992 r. rozprawą o geopolityce na przykładzie Niemiec i Polski oraz, w latach 1993-1994, odbył studia podyplomowe w zakresie ekonomii. Od 1994 do 2001 r. pracownik naukowy Instytutu Ekonomii i Administracji Publicznej w Universität der Bundeswehr w Monachium. W roku 2000 habilitował się przed Radą Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. W latach 2001-2004 profesor europeistyki Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, od 2004 r. profesor europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor bądź współautor czternastu książek, w tym ostatnio: *Ustrój federalny Niemiec a system decyzyjny Unii Europejskiej* (2005) oraz *Unia Europejska. Wybrane zagadnienia ustojowe* (2007). W trzecim numerze „Politei” ukazał się jego artykuł pt. *Traktat ustanawiający konstytucję dla Europy a suwerenność państw sygnatariuszy*, w czwartym artykuł pt. *Egzekutywa demokratycznego państwa prawa wobec współczesnych wyzwań cywilizacyjnych*, zaś w szóstym artykuł pt. *Transformacja. Prolegomena do teorii i praktyki na przykładzie Polski po 1989 roku*.